XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO CIVIL- CONSTITUCIONAL*

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

CLARA ANGÉLICA GONÇALVES DIAS

ILTON GARCIA DA COSTA

D598

Direito civil constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Ilton Garcia Da Costa, Clara Angélica Gonçalves Dias, César Augusto de Castro Fiuza – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-035-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Constitucional. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO CIVIL- CONSTITUCIONAL*

Apresentação

Fala-se muito no fenômeno da constitucionalização do Direito Civil. Que significa isso? Significa que o Direito Civil se acha contido na Constituição? Significa que a Constituição se tornou o centro do sistema de Direito Civil? Significa que as normas de Direito Civil não podem contrariar a Constituição?

De fato, não significa nada disso. Por constitucionalização do Direito Civil deve-se entender, hoje, que as normas de Direito Civil têm que ser lidas à luz dos princípios e valores consagrados na Constituição, a fim de se implementar o programa constitucional na esfera privada. A bem da verdade, não só as normas de Direito Civil devem receber leitura constitucionalizada, mas todas as normas do ordenamento jurídico, sejam elas de Direito Privado, sejam de Direito Público. Este é um ditame do chamado Estado Democrático de Direito, que tem na Constituição sua base hermenêutica, o que equivale a dizer que a interpretação de qualquer norma deverá buscar adequá-la aos princípios e valores constitucionais, uma vez que esses mesmos princípios e valores foram eleitos por todos nós, por meio de nossos representantes, como pilares da sociedade e, consequentemente, do Direito.

Falar em constitucionalização do Direito Civil não significa retirar do Código Civil a importância que merece como centro do sistema, papel este que continua a exercer. É no Código Civil que iremos buscar as diretrizes mais gerais do Direito Comum. É em torno dele que gravitam os chamados microssistemas, como o imobiliário, o da criança e do adolescente, o do consumidor e outros. Afinal, é no Código Civil, principalmente na posse e na propriedade, na teoria geral das obrigações e dos contratos, que o intérprete buscará as normas fundamentais do microssistema imobiliário. É a partir das normas gerais do Direito de Família e da própria Parte Geral do Código Civil que se engendra o microssistema da criança e do adolescente. Também será no Código Civil, mormente na Parte Geral, na teoria geral das obrigações e dos contratos, além dos contratos em espécie, que se apoia todo o microssistema do consumidor. Não se pode furtar ao Código Civil o trono central do sistema de Direito Privado. Seria incorreto e equivocado ver neste papel a Constituição, cujos objetivos são outros que regular as relações privadas.

No entanto, apesar disso, se a Constituição não é o centro do sistema juscivilístico, é, sem sombra de dúvida, o centro do ordenamento jurídico, como um todo. É, portanto, a partir

dela, da Constituição, que se devem ler todas as normas infraconstitucionais. Isso é o óbvio mais fundamental no Estado Democrático.

O Direito Civil-constitucional não se resume à interpretação do Direito civil à luz da Constituição. Devemos entendê-lo também como instrumento de implantação do programa constitucional na esfera privada, sem, no entanto, ferir os limites legítimos impostos pela Lei, e sem suprimir liberdades privadas, como abordado a seguir.

A civilística constitucional no Brasil passou por três fases.

A primeira delas teve caráter meramente conteudístico. Em outras palavras, a preocupação era tão-somente a de identificar o conteúdo de Direito Civil na Constituição da República. Identificaram-se normas de Direito Contratual, de Direito das Coisas (principalmente relativas à propriedade), normas de Direito de Família, de Direito das Sucessões e de Direito Empresarial. Este era o chamado Direito Civil-constitucional no fim dos anos 80 e no início dos anos 90.

O grande marco teórico desta fase foi o eminente professor da Universidade de São Paulo, Carlos Alberto Bittar. Após a promulgação da Carta de 1988, veio a lume a obra Direito Civil Constitucional, que visava apontar o conteúdo de Direito Civil no texto constitucional. Assim ficou a primeira fase, adstrita a uma análise de conteúdo somente.

A segunda fase pode ser denominada interpretativa. É totalmente diferente da primeira e teve por escopo inverter a hermenêutica tradicional que, de uma certa forma, interpretava a Constituição à luz do Código Civil. Nesta segunda fase, destacou-se a necessidade e a importância de uma interpretação dos problemas de Direito Privado sob a ótica dos valores e princípios constitucionais.

Na verdade, esta segunda fase ainda não passou, nem passará, enquanto perdurar o Estado Democrático de Direito, que tem por base a Constituição.

O marco teórico desta segunda fase foi a escola do Rio de Janeiro e, principalmente, a obra do também eminente professor da UERJ, Gustavo Tepedino. Seus principais escritos a respeito do tema ainda encontram-se, até hoje, no livro Temas de Direito Civil, editado pela Renovar, no fim da década de 90.

Para Tepedino, o centro do ordenamento juscivilístico é a própria Constituição, não o Código Civil.

A escola carioca, diga-se, inspirou-se nas teses de Pietro Perlingieri, civilista italiano de grande envergadura. Outro marco importante foi a obra do professor argentino Ricardo Luis Lorenzetti, editada pela RT, em 1998, com o nome de Fundamentos do Direito Privado. Esse trabalho teve enorme repercussão em nossos meios acadêmicos, e ainda tem. Embora Lorenzetti não identifique qualquer centro no sistema, reconhece a importância da Constituição, como irradiadora de valores e princípios que devem guiar o intérprete no Direito Privado.

Por fim, a terceira fase da civilística constitucional pode ser denominada de fase programática. Nesta etapa, a preocupação já não é tão-somente a de ressaltar a necessidade de uma hermenêutica civil-constitucional, mas também a de destacar a imperiosidade de se implantar o programa constitucional na esfera privada.

Mas que programa constitucional?

Ora, a Constituição, ao elevar a dignidade humana ao status de fundamento da República, traçou um programa geral a ser cumprido pelo Estado e por todos nós. Este programa consiste em promover o ser humano, em conferir-lhe cidadania, por meio da educação, da saúde, da habitação, do trabalho e do lazer, enfim por meio da vida digna. E a própria Constituição, por vezes, fixa parâmetros e políticas para a implementação desse programa. Assim, o Direito Civil-constitucional não se resume mais ao Direito Civil interpretado à luz da Constituição, mas interpretado à luz da Constituição, com vistas a implantar o programa constitucional de promoção da dignidade humana. Em outras palavras, não se trata mais de simplesmente dizer o óbvio, isto é, que o Direito Civil deve ser lido à luz da Constituição, mas antes de estabelecer uma interpretação civil-constitucional que efetivamente implante o programa estabelecido na Constituição. Trata-se de estabelecer um modus interpretandi que parta dos ditames e dos limites da norma posta, numa ótica constitucional, assim promovendo a dignidade humana.

Resta a pergunta: como implementar esse programa?

O Estado e o indivíduo são corresponsáveis nessa tarefa. O Estado deve elaborar políticas públicas adequadas, não protecionistas, que não imbecilizem o indivíduo, nem lhe deem esmola. Deve disponibilizar saúde e educação de boa qualidade; deve financiar a produção e o consumo; deve engendrar uma política de pleno emprego; deve elaborar uma legislação trabalhista adequada; deve garantir infraestrutura; deve também garantir o acesso de todos à Justiça; deve criar e estimular meios alternativos de solução de controvérsias; dentre milhares de outras ações que deve praticar.

Os indivíduos, pessoas naturais e jurídicas, também têm sua parcela, não menos importante, na construção de uma sociedade justa. São atitudes condizentes com o programa constitucional pagar bem aos empregados (repartir o pão); agir com correção e não lesar a ninguém, como já dizia Ulpiano, há 1.800 anos; exercer o domínio e o crédito, tendo em vista a função social; dentre outras.

Mas como exigir dos indivíduos a implementação do programa?

Seguramente através do convencimento, dentro de uma política de coerção mínima, ou seja, a coerção entra, quando o convencimento não funcionar. Os estímulos tributários e de outras naturezas são também um bom instrumento de convencimento. O que não se pode admitir é a invasão violenta, ilegítima, ditatorial na esfera privada, por vezes íntima, em nome da dignidade ou da função social. Isto representaria um retrocesso histórico; estaríamos abrindo mão de liberdades duramente conquistadas. Há que sopesar os dois valores, dignidade e liberdade. Um não pode sobreviver sem o outro. O ser humano só pode ser digno se for livre. Sem liberdade, não há dignidade. Assim sendo, a dignidade há de ser implementada pelo indivíduo não por força da coerção, mas por força da persuasão, da opção livre, obtida pelo convencimento, fruto da educação. São muito importantes e eficazes as campanhas educativas. Exemplo é a campanha antitabagista, que reduziu consideravelmente o consumo do cigarro, sem se valer praticamente de qualquer tipo de coerção. Para que, então, a violência da coerção, a supressão da liberdade em outras hipóteses? O que vemos hoje é a invasão pura e simples do Estado na esfera individual, por vezes, em nome da dignidade, por vezes, sem nenhuma legitimidade, no fundo só para aumentar sua receita.

Com o escopo de adentrar os meandros desse viés constitucional do Direito Civil, apresentamos os textos da presente obra, organizados de modo a que o leitor tenha a possibilidade de percorrer as várias instâncias do Direito Civil, de forma lógica e ordenada. Temos a certeza de que a leitura será enriquecedora.

O DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO DIGNO E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE SOB À OTICA DO DANO MORAL COLETIVO DO TRABALHO.

FUNDAMENTAL RIGHT TO DECENT WORK AND THE PRINCIPLE OF LEGAL UNDER THE DAMAGE OF MORAL OTICA COLLECTIVE WORK.

Marcio Cristiano De Gois
Matheus Felipe De Castro

Resumo

Este estudo tem por objetivo analisar as características do dano moral coletivo nas relações do trabalho, através da possibilidade de eventual condenação ser utilizada como modalidade de pena, com natureza punitiva, como vem sendo adotado por parte da jurisprudência. Busca-se, através de um corte metodológico, ressaltar a função social da empresa e o dano moral coletivo como instrumento de efetivação dos direitos sociais. Igualmente, através de releituras do princípio da legalidade, fomenta-se a discussão acerca da (des)necessidade da previsão legal que regule o tema, ainda mais sob o aspecto punitivo do dano moral coletivo. Pretende estudar a teoria do punitve damages e sua (im)possibilidade de aplicação em nosso ordenamento jurídico, haja vista que se trata de uma teoria típica dos países que adotam o sistema commom law, lembrando que o Brasil adota o sistema da civil law como regra.

Palavras-chave: Dano moral coletivo, Princípio da legalidade, Punitive damages, Civil law.

Abstract/Resumen/Résumé

This study aims to analyze the characteristics of the collective moral damages in labor relations, analyzing the possibility of any conviction be used as a form of punishment, with punitive nature as it has been adopted by the case law. One aim, through a methodological approach, stress the social function of the company and the collective moral damage as social rights effective instrument. Also, through readings of the principle of legality, fosters the discussion about the (un) need for legal provision governing the issue, even more under the punitive aspect of collective moral damage. Intends to study the theory of punitve damages and its (im) possibility of application in our legal system, given that this is a typical theory of countries adopting the common law system, noting that Brazil has adopted a civil law system as a rule .

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Moral damage collective, Principle of legality, Punitive damages, Civil law.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo refletir e analisar o instituto do dano moral coletivo e sua natureza punitiva como justificadora de majoração do *quantum i*ndenizatório.

Através de um corte metodológico realizado entre o Princípio da Legalidade do Direito Penal, busca-se analisar possível ofensa à Constituição Federal quando se aplica o Dano Moral com o intuito punitivo, atribuindo a ideia de pena a tal condenação civil.

Além disso, fomenta a discussão quanto a adoção da Teoria do *punitive damages,* típica dos países que adotam o sistema da *common law,* possa vir a ser aplicada no Brasil, que utiliza a *civil law.*

O presente artigo foi dividido em três capítulos, utilizando-se da pesquisa qualitativa, pois procura estudar o papel do dano moral coletivo e a possibilidade de o mesmo ser aplicado substituindo e fazendo as vezes de uma pena, a qual não encontra previsão legal expressa em nosso ordenamento.

Dar-se-á por meio de releituras, entendimentos judiciais, fazendo a análise diretamente dos dispositivos em leis, além de análise bibliográfica e jurisprudencial existente a respeito deste tema.

Fora realizado o método qualitativo como escolhido para o desenvolvimento da pesquisa, utilizando-se principalmente de doutrina e jurisprudência, haja vista que o estudo teve como marco o exame de documentos disponíveis para a pesquisa, as leis, e as notícias publicadas em endereços eletrônicos, entre outros.

O primeiro e segundo capítulo tratarão dos princípios debatidos ao longo do trabalho, partindo desde a definição do que seria um princípio até a definição dos princípios específicos que envolvem o tema, em especial o princípio da legalidade.

Já no segundo capítulo serão estudados o dano moral coletivo e sua definição, sendo que o mesmo é o objeto principal, buscando promover a real diferença entre dano moral individual e coletivo, bem como analisar a necessidade da criação de uma lei especial que regule o aspecto punitivo do dano.

O terceiro capítulo terá por finalidade analisar o dano moral coletivo como uma forma de promover o cumprimento dos direitos fundamentais sociais, analisando a bibliografia recente e as discussões trazidas pela jurisprudência, valorizando a coletividade no atual modelo de Estado e a função que este exerce junto as atividades econômicas.

Promove a discussão sobre os critérios que vem sendo adotados para fixação do dano moral coletivo, bem como a necessidade de reparar ou recuperar o bem jurídico social que foi violado.

2 PRINCÍPIOS

Os princípios são vistos em nosso sistema jurídico como vetores dispositivos direcionados aos operadores do direito e a toda sociedade, a partir deles se cria a ideia precípua de pilares de sustentação de um ordenamento jurídico fundamentado pela unidade, coerência e completude do ordenamento jurídico como destaca BOBBIO (2010) e com a finalidade extrema da promoção de justiça.

Destaca CARRAZZA (2004, p. 33) :

> Por igual modo, em qualquer Ciência, princípio é começo, alicerce, ponto de partida. Pressupõe, sempre, a figura de um patamar privilegiado, que torna mais fácil a compreensão ou a demonstração de algo. Nesta medida, é, ainda, a pedra angular de qualquer sistema.

Desta forma, é possível concluir que os princípios representam e garantem a unidade do ordenamento jurídico, sendo que como fontes do direito ou como elementos que motivam a criação da legislação, é necessário que a interpretação da norma seja conduzida de forma a observar suas intensões mais intrínsecas que possa se imaginar.

Quanto a isto, corrobora o entendimento BARROSO, (2010, p. 317) de que:

> No direito contemporâneo, a constituição passou a ser compreendida como uma sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. Rememore-se que o modelo jurídico tradicional fora concebido apenas para a interpretação e aplicação de regras. Modernamente, no entanto, prevalece a concepção de que o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à *segurança jurídica* – previsibilidade e objetividade das condutas – os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da *justiça* do caso concreto.

Como disposto acima, resta conclusivo afirmar que a mera interpretação gramatical da lei não pode mais ser observado como regra absoluta sob a ciência da hermenêutica, mas sim antes desta argumentação deve ser utilizado o princípio e os fatores sociais que motivaram o surgimento daquela e de todas as normas, para que assim, ultrapassado esse momento

integrativo se possa aplicar o direito ao caso concreto em extrema observância dos princípios que a instruíram.

2.1 DO PRINCÍPIO DA CERTEZA DO DIREITO

Dentro de qualquer Estado de Direito, especialmente dentro de um modelo democrático, encontra o princípio em destaque a representatividade da segurança jurídica à população, a qual não fica à deriva do Estado da prática de condutas que não encontram sua previsão legal e, que consequente promovam sanções surpresas aos particulares, neste sentido CARVALHO (2009, p. 164- 165) destaca que:

> Trata-se, também, de um sobreprincípio, estando acima de outros primados e regendo toda e qualquer porção da ordem jurídica. Como valor imprescindível do ordenamento, sua presença é assegurada nos vários subsistemas, nas diversas instituições e no âmago de cada unidade normativa, por mais insignificante que seja. A certeza do direito é algo que se situa na própria raiz do *dever-ser,* é ínsita ao deôntico, sendo incompatível imaginá-lo sem determinação específica.

Dentro de um dos significados do Direito Penal, pode-se extrair que o mesmo tenha como um dos seus objetivos, controlar o poder punitivo do Estado, nesta mesma linha de que o Direito Tributário, funciona como um estudo direcionado a controlar o poder e a intenção arrecadatória do Estado, sustenta FERREIRA (2009, p.32) que:

> Sem a exata percepção do primado da certeza do direito não é viável, a quem quer que seja, assimila a relação de implicação que se dá entre o fato (juridicamente qualificado – a primeira hipótese de incidência) e o comando esculpido como reflexo na regra jurídica que o contém (o consequente desejado). Nem muito menos entre o descumprimento de tanto (a secundária hipóteses) e o efeito que a ordem jurídica prevê (a sanção). "(...) a norma é um juízo hipotético-condicional (se ocorrer o fato X, então deve ser a prestação Y), como lapidamente explicou Paulo de Barros Carvalho. Segue, portanto, que a lógica do sistema jurídico não é factual (que conduz a um resultado de causa-efeito), porém a deontológica (que determina o que deve-ser a partir de um antecedente fático normativamente valorado e ocorrido)

Portanto, o ordenamento jurídico que não observa a previsibilidade de uma norma hipotética, também denominado como hipótese de incidência, não pode inferir ao particular o cumprimento de tal obrigação, quanto mais aplicar-lhe uma punição sem a devida prescrição normativa, caso assim o faça promoverá necessariamente um ruptura da evolução democrática conquistada, sendo considerada necessariamente um retrocesso social e um flagrante ao Estado de Direito.

CARVALHO (2009, p. 165) destaca que:

> Na sentença de um magistrado, que põe fim a uma controvérsia, seria absurdo figurarmos um juízo de probabilidade, em que o ato jurisdicional declara-se, como exemplica Lourival Vilanova, que a *possivelmente deve reparar o dano causado por ato ilícito seu.* Não é sentenciar, diz o mestre, ou estatuir, com pretensão de validade, o *certum* no conflito de condutas. E ainda que consideremos as obrigações alternativas, em que o devedor pode optar pela prestação A,B ou C, sobre uma delas há de recair, enfaticamente, sua escolha, como imperativo inexorável da certeza jurídica. Substanciando a necessidade premente da segurança do indivíduo, o sistema empírico do direito elege a certeza como postulado indispensável para a convivência social organizada.

Assim, primando pelo princípio da certeza do direito, não nos parece lícito a atribuição de um aspecto punitivo ao dano moral, aumentando eventual condenação, sem a previsão expressa dentro do nosso ordenamento jurídico.

Verifica-se em nosso ordenamento que o Dano Moral em sua essência possui como cerne e fundamento de seu instituto o seu aspecto compensatório e reparatório, desta forma quando se trata de ofensa à coletividade plenamente possível aceitar que o dano Moral seja arbitrado visando compensar a sociedade de forma coletiva do bem sofrido, porém, fomenta discussão quando atribui-se aspecto de pena e punição a uma conduta não definida como passível de sanção e que muito menos possui na letra da lei tal previsão prévia e expressa.

2.2 DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DO (OU NO) DIREITO.

Trazendo o princípio da anterioridade tributária, ou princípio da não surpresa, parece que seria totalmente reprovável de que um tributo não pago esteja conduzido ao pagamento de uma multa a qual tenha sido estipulada livremente pelo fisco, sem qualquer medida legal prévia que a justifique, sobre isso leciona FERREIRA (2009, P.34) que:

> Lembre-se que é o medo (rectius: a certeza e não um mero juízo de probabilidade) da jurídico-material imposição da multa que "estimula" o pagamento do tributo em dia, de sorte que sem o princípio da segurança do (ou no) direito ninguém cumpriria qualquer disposição legal (proibitiva ou obrigatória) que não de seu pessoal interesse e aceitação. [...] O que pode parecer desalentador, por um lapso, por outro pode se apresentar como inexcedível vantagem em relação ao sistema da *common law:* a certeza de que o direito incidirá, não apenas porque logicamente necessário, porém pelo fato de que o Estado Constitucional e Democrático em que se funda a República Federativa do Brasil impõe, com base em regras claras, precisas e antecipadamente noticiadas, por força e na forma da lei, conferindo tratamento isonômico, impessoal e pautado na segurança (do ontem, do hoje e do amanhã)

Se o Dano Moral Coletivo pode ser aplicado como uma punição, deve existir regramento específico para tal fato, pois no modelo brasileiro que é adotado o modelo da *civil*

law, impõe-se necessariamente a existência de regramento específico determinando o *quantum* punitivo que estaria sujeito uma empresa que pratica um dano à coletividade nas relação de trabalho.

Não se procura discorrer que uma empresa que não cumpra com a sua função social e que não observe as condições saudáveis do meio ambiente de trabalho seja afastada do pagamento a coletividade, porém, procura-se fomentar a discussão se a aplicação do dano como pena, sem previsão legal violaria ou não as normas constitucionais.

Admitir tal fato seria imaginar que a prática de um ato não previsto como crime pelo Poder Legislativo, estaria adstrito a uma pena definida pelo Poder Judiciário sem qualquer controle ou legislação anterior que imponha os limites e as circunstâncias que devem fundamentar o *quantum* a ser fixado.

Resta imprescindível neste momento frisar que a empresa não pode ter como único objetivo a obtenção de lucros a qualquer custo, sendo necessário que a mesma cumpra a estipulação definidas para o cumprimento da sua função social, conforme COELHO, (2012, p. 37) destaca:

> Cumpre sua função social a empresa que gera emprego, tributos e riqueza, contribui para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade que atua, de sua região ou do país, adota práticas empresarias sustentáveis visando á proteção do meio ambiente e ao respeito aos direitos dos consumidores. Se sua atuação é consenteânea com estes objetivos, e se desenvolve com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita, a empresa está cumprindo sua função social; isto é, os bens de produção reunidos pelo empresário na organização do estabelecimento empresarial estão tendo o emprego determinado pela Constituição Federal.

Não se pode ignorar que a empresa desconheça que os atos praticados ofensivos a coletividade do meio ambiente do trabalho não trarão efeitos precisos quanto a sua reparação, porém não se pode admitir que a função indenizatória, reparatória do dano moral seja majorada por aspecto punitivo sem a existência de uma lei clara que estipule a previsão normativa da pena, sobre isso CANOTILHO *apud FERREIRA (2009, p.35),* que:

> O princípio gral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo, pois, a ideia de proteção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo tem do direito poder confiar em que aos seus actos ou as decisões públicas incidentes sobre seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçadas em normas jurídicas vigentes e válidas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos por essas mesmas normas.

A inexistência de um regramento positivado sobre o tema e a decisão judicial condenando e punindo uma empresa pela prática de atos contra o meio ambiente do trabalho, pode vir a representar uma ofensa ao princípio geral da segurança jurídica. Não que a empresa não deva reparar e ser condenada pelo pagamento de uma indenização, contudo, sem uma lei que defina os parâmetros para a fixação da punição, não há como se admitir que exerça uma função de punitiva, razão pela qual discute a (in)constitucionalidade de tal medida. FERREIRA (2009, p.35-36) leciona que

> Assim posto, não há que se duvidar que ambos os princípios – Certeza e Segurança do Direito – configuram bens juridicamente protegidos, não podendo, em âmbito nacional, nem mesmo as mais elevadas autoridades – o Presidente da República, do Congresso Nacional ou do Supremo Tribunal Federal – pretender atrelar a um fato (juridicamente qualificado) resposta outra que não aquela previamente determinada por lei, salvo se o Estado brasileiro deixar de ser de Direito, se desfeita a separação de poderes e /ou fulminada a independência que lhes foi garantida em 5 de outubro de 1988.

Portanto, quando a justiça do trabalho ignora tal previsão legal, ofende o bem jurídico tutelado da segurança jurídica, ignorando a separação dos poderes e legislando com o crivo de prejudicar claramente o particular que não possui sequer parâmetros legais para impugnar tal punição, salvo a própria ausência legislativa. CARVALHO (2009, p. 166) destaca que:

> Tal sentimento tranquiliza os cidadãos, abrindo espaço para o planejamento de ações futuras, cuja disciplina jurídica conhecem, confiantes que estão no modo pelo qual a aplicação das normas do direito se realiza. Concomitantemente, a certeza do tratamento normativos dos fatos já consumador, dos direitos adquiridos e da força da coisa julgada, lhes dá a garantia do passado. Essa bidirecionalidade passado/futuro é fundamental para que se estabeleça o clima de segurança das relações jurídicas, motivo por que dissemos que o princípio depende de fatores sistêmicos. Quanto ao passado, exige-se um único postulado: o da irretroatividade, que mais adiante será objeto de nossas reflexões. No que aponta para o futuro, entretanto, muitos são os expedientes principiológico necessários para que se possa falar na efetividade do primado da segurança jurídica.

Desta forma, admitir a aplicação de uma pena, na modalidade do aspecto punitivo do Dano Moral Coletivo, promove o debate quanto a possível ofensa aos princípios constitucionais da legalidade e, especialmente da segurança jurídica.

Destaca-se que por mais que quando se fale em coletividade, este interesse deve ser superior ao particular, quando se admite tamanha ilegalidade, ofensa maior traz ao próprio coletivo, pois permite que a separação dos poderes seja ignorada e que o papel do Poder Legislativo seja transferido ao Poder Judiciário.

2.3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

Quando se fala em punição, traz-se a ideia de que a mesma representa a concretização do fato abstrato descrito na norma, em nosso ordenamento jurídico somente a lei pode definir um fato definido como crime, passível portanto de sanção, destaca FERREIRA (2009, p. 40) que

> Sem dúvida, esse é o cerne do Estado de Direito e que fixa no direito (na lei) os limites para regular exercício do poder e das próprias relações entre os sujeitos sociais. Embora dele já se tenha tratado em época passada, o enfoque que aqui é outro e transcende a genérica e inconteste conclusão (até porque literal) de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei" e, ainda, de que "não há crime (ilícito) sem lei anterior que o defina".

Desta forma, o Estado encontra limites em impor deveres e penas ao sujeito pela lei, não pode se admitir em um estado democrático de direito, vigorado pelo modelo da *civil law* que alguém seja punido sem lei anterior que a defina e especial que qualifique e majore a condenação por dano moral sob um prisma de pena.

Neste mesmo sentido fundamenta CARVALHO (2009, p. 167) que:

> Também explícito em nosso sistema – Art. 5, II – essa máxima assume o papel de absoluta preponderância. Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Efunde sua influência por todas as províncias do direito positivo brasileiro, não sendo possível pensar no surgimento de direitos subjetivos e de deveres correlatos sem que a lei os estipule. Como o objetivo primordial do direito é normar a conduta, e ele o faz criando direitos e deveres correlativos, a relevância desse cânone transcende qualquer argumentação que pretenda enaltece-lo. A diretriz da legalidade está naquela segunda acepção, isto é, a de norma jurídica de posição privilegiada que estipula limites objetivos.

Desta forma cumpre esclarecer nas lições de Paulo de Barros Caralho, que existe uma proteção ao meio ambiente do trabalho e, que a ofensa à coletividade dos direitos dos trabalhadores deve sem dúvidas ter a devida reparação, bem como deverá ser reparado ou recuperado.

Essa reparação se dá pela modalidade do Dano Moral Coletivo, o qual possui em sua essência a função de reparar e compensar o dano causado. Assim, admitir que o Dano Moral seja aplicado em aspecto e finalidade punitiva, ou seja, de pena, sem lei qualquer que defina os parâmetros, é admitir a subjetividade da punição ao crivo do magistrado, o que traz uma profunda insegurança jurídica.

Em igual sentido destaca CARRAZA (2004, p. 225) que:

> O *Estado de Direito* limita os poderes públicos, isto é, concretiza-se numa proibição de agir em desfavor das pessoas. Por isso, nele, para a melhor defesa dos direitos individuais, sociais, coletivos e difusos, a Constituição vincula não o Administrador e o juiz, mas o próprio legislador. De fato, tais direitos são protegidos também diante da lei, que deve se ajustar aos preceitos constitucionais. A garantia disso está no controle da constitucionalidade, que, na maioria dos ordenamentos jurídicos, é levado a efeito pelo Poder Judiciário.

Das lições acima, pode-se concluir que existe uma limitação aos poderes públicos, a fim de que o mesmo não atue distante da legalidade ofendendo direito dos particulares. Assim, tendo a ausência de proposição legislativo quanto o dano moral ser aplicado na forma punitiva, evidente que sua aplicação ofende esse modelo jurídico.

CARRAZA (2004, p. 225) leciona que:

> Também no Brasil, só a lei pode compelir as pessoas a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa. Detalhando, só a ela é dado definir delitos e penas, impor deveres administrativos, determinar tributos (ou seja, as importâncias em dinheiro que os contribuintes deverão desembolsar para fazerem frentes às despesas da coletividade) etc.

Como destacado pelo autor acima, apenas a lei pode definir as penas, desta forma, carente o ordenamento jurídico brasileiro de lei específica que admita que o Dano Moral possui natureza punitiva e de pena, não pode o Poder Judiciário fixar o *quantum* indenizatório, utilizando aspecto punitivo, pois violaria diretamente a Constituição Federal.

Corrobora em seu raciocínio CARRAZA (2004, p. 225) que:

> No Estado de direito o Legislativo detém a exclusividade de editar normas jurídicas que fazem nascer, para todas as pessoas, deveres e obrigações, que lhes restringem ou condicionam a liberdade. Também o Poder Público limita seu agir com tais normas, subordinando-se, assim, à ordem jurídica e passando a revestir, a um tempo, a condição, de autor de sujeito de direito (Jellinek).

Partindo da máxima de que existe em nosso ordenamento jurídico uma separação de poderes e, compete ao Poder Legislativo por integrantes eleitos pelo povo disciplinarem quais as normas jurídicas e sanções que devem incidir sobre os particulares, não pode e não possui legitimidade o Poder Judiciário em aplicar penas e punições quando a lei não as comine, quantifique e as defina.

CARRAZA (2004, p. 227) leciona que:

> O inc. II do Art. 5 da CF encerra, pois, um dogma fundamental, que impede que o Estado aja com arbítrio em suas relações com o indivíduo, que, afinal, tem o direito

> de fazer tudo quanto a lei não lhe proíbe, nos termos do clássico brocardo: *cuique facere licet nisi quid iure prohibitur.* Em resumo, qualquer intervenção estatal sobre a propriedade ou a liberdade das pessoas só pode advir de lei. O legislador, ao elaborar a lei, deve obviamente, obedecer a Constituição. Não demoraremos, porém, em demonstrar esta arcaiana verdade. O que queremos enfatizar é que não é só ele que deve fazê-lo. Mais até o legislador, o administrador público e o juiz – por não serem senhores, mas servidores da lei – estão intensamente subordinados à Constituição inclusive a seus magnos princípios. É a ela, antes da própria lei, que devem mirar, enquanto desempenham suas relevantes funções.

Quando o poder judiciário fixa os Danos Morais Coletivos, elevando o patamar de sua condenação em aspecto punitivo – teoria da pena – essa majoração dada pelo magistrado sinaliza uma pena concreta sem a definição prévia de lei abstrata que preveja a aplicação desta sanção.

Desta forma, a decisão que majora os danos morais com base no aspecto punitivo, ofende diretamente o Art. 5º, inciso II da Constituição Federal, pois, sem lei anterior que preveja a pena, sua quantificação, sua delimitação, bem como sua existência, invade o patrimônio do indivíduo sem qualquer previsão legal que a sustente.

Contudo, evidente que a ofensa a um bem jurídico coletivo deve ter sua desvalorização, razão pela qual, a priori tal ferramenta é eficaz para coibir o descumprimento de normas sociais e garantir a efetividade das mesmas, promovendo um efeito de reprovabilidade da conduta.

Como se verá nos tópicos seguintes, busca valorizar tal instituto para o cumprimento dos direitos sociais, da tutela coletiva dos direitos dos trabalhadores, contudo, os fins não podem justificar os meios que vem sendo empregados, razão pela qual a definição de uma lei sobre o tema é medida que se impera.

2.4 - PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL

Representando a segurança jurídica, após as conquistas trazidas a partir da Revolução Francesa, o princípio da Reserva Legal possui um *status* de norma fundamental muito importante, conforme desta FRAGOSO (2006, p. 90) que:

> No campo do direito punitivo, em face do princípio da reserva legal (Art.1, CP) somente as leis, em sentido formal, constituem as normas penais.Assim, medidas provisórias não podem tratar de matério penal, CF n 85 infra. O costume tem apenas valor subsidiário , não podendo fundamentar a criação de crimes ou agravamento de sanções, nem abrigar uma disposição legal. Tem apenas valor subsidiário, podendo porém servir para exclusão da ilicitude do fato ou da culpabilidade. O costume nestes casos tem função integradora (praeter legem)

Como se sabe a definição de dano moral trazida em nossa legislação não possui como elemento e critério de fixação o teor punitivo, sendo que utilizar tal punição de forma análoga pode confrontar diretamente com o princípio da reserva legal, sobre isso ressalta FRAGOSO (2006, p. 105) que:

> A analogia é recurso indispensável, em face da existência de lacunas aparentes no direito positivo. No direito penal, todavia, sofre ela as limitações impostas pelo princípio da reserva legal (*nullum crimen, nulla poene sine lege)* inscrito no art. 1 do nosso código vigente. Não é possível aplicar analogicamente a lei penal para criar novas figuras de delito ou para contemplar pena ou medida de segurança que não estejam taxativamente previstas, ou para a agravar a situação do ré (analogia *in malam partem.)*

FRAGOSO (2006, p. 105) comenta que nossa lei penal possui uma grande dominação pelo princípio da reserva do legal, especialmente como ressalta o próprio artigo primeiro do Código Penal na qual determina que *" Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal",* a presença de tal princípio que está inscrito nas constituições é uma representatividade dos regimes democráticos.

FRAGOSO (2006, p. 107) destaca que:

> No direito romano, ao tempo da *questiones perpetuae estavam os magistrado adstritos* à previsão legal anterior para os crimes e as penas a serem aplicadas, quanto aos crimina pública (legitima, ordinária). Tais crimes eram previstos nas *legis corneliae e Juliae,* constituindo o ordo judiciorum publicorum. Uma passagem de Paulo inserta no Digesto (D. 50.12, 131, 1), estabelece: *poena non irroatur, nisi quae quaque lege, vel quo alio jure specialiter huic delicto imposita est. Essa regra, todavia, deixou* de prevalecer no direito posterior, com a instituição da *cognitio extraordinária,* na qual se concedia grande arbítrio judicial, permitindo-se a punição como *crimina extraordinária* de fatos reprováveis, por analogia (ad exemplim legis) (D. 48.4.7, 3). Passam a esta categoria, no último período, os crimes que constituíam o antigo direito penal privado.

Pode-se verificar que durante a *cognitio* extraordinária*,* tinha-se a possibilidade de que a os fatos reprováveis que não estivessem previstos na legislação anterior, dada a sua reprovabilidade poderiam por analogia ser definidos como crimes. Continua FRAGOSO (2006, p. 108):

> Surge o princípio no direito moderno como fruto do direito natural e da filosofia política à época do Iluminismo, orientada no sentido de proscrever a insegurança do direito, o arbítrio e a prepotência dos julgadores na administração da justiça criminal. *Montesquieu,* com a teoria da separação dos poderes, afirma que o juiz não pode, sem usurpação dos podres que competem ao legislativo estabelecer crimes e sanções.

Com a teoria da Separação dos poderes, não cabe mais ao magistrado definir crimes, papel que compete ao poder legislativo. Contudo, diante dessa proibição faz-se importante destacar na lição de FRAGOSO (2006, p. 15) que *"O Direito Penal, como direito público, distingue-se marcadamente do direito civil, pois a sanção própria deste último é apenas reparatória (Restituição, ressarcimento, execução coativa, nulidade)."*

Verifica-se que neste sentido, que o objeto do presente estudo, especialmente na função do direito civil, qual seja a restituição ou ressarcimento, o Dano Moral Coletivo e na sua aplicabilidade punitiva, temos uma proximidade do Dano Moral Coletivo e a aplicação da punição com o Direito Público, especialmente pois a destinação do valor arrecado com o Dano Moral Coletivo será o Estado e não o particular lesado necessariamente.

FRAGOSO (2006, p. 348) destaca que:

> Pena é a perda de bens jurídicos imposta pelo órgão da justiça a quem comete crime. Trata-se da sanção característica do direito penal, em sua essência, retributiva. A Sanção penal é, em essência retributiva porque opera causando um mal ao transgressor. Distingue-se assim das demais sanções jurídica, que, em regr se destinam a à reposição do stato quo nte através da reparação ou da restituição. Quem deixa de pagar uma dívida, transgride uma norma do direito priva e terá como sanção civil a obrigação de pagá-la coativamente, indenizando o dano causado ao credor.

FRAGOSO (2006, p. 349) destaca que *"Prevalecem em relação à pena os princípios da legalidade e o da personalidade. Segundo o primeiro, nenhuma pena pode ser imposta sem que esteja prevista em lei anterior ao fato (Art.1, CP; Art. 5, XXXIX, CF)"* Desta forma diante do caráter punitivo do Dano Moral Coletivo e, caso a aplicação de tal condenação seja atribuído esse aspecto, poderia supor uma eventual ofensa a tal disposição.

TELES (2006, p. 43) destaca que: *"Se o homem, apesar da ameaça, não se intimida e pratica o fato definido como crime, poderá receber a pena correspondente. A pena será aplicada – pelo julgador – observância de normas legais que tratam da individualização. O julgador não é livre para escolher a qualidade nem a quantidade da pena."* Desta forma, não há possibilidade da livre escolha sobre a quantidade da pena, devendo necessariamente existir uma normal legal prevendo sua quantificação, evitando uma ampla liberdade do magistrado ao caso concreto.

Cumpre observar que no Direito Civil, que regula as relações referente a indenização por Dano Moral, traz em seus artigos 186 e 187 as condições que resumem a teoria da responsabilidade civil, trazendo o seu imediato consequente no Artigo 927 do Código Civil,

que estabelece *"Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo."*

Verifica-se, portanto, que a intenção do legislador foi de expressar que o dano deverá ser reparado, assim, o legislador não teve a intenção que o dano fosse punido ou tivesse aspecto ou critério de punição na majoração do *quantum* indenizatório.

ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA E SLOKAR (2003, p. 203) observa que:

> A CR não admite que a doutrina, a jurisprudência ou o costume sejam capazes de habilitar o poder punitivo. Não obstante, os usos e costumes servem para estabelecer os limites da tipicidade penal quando a própria lei, de modo tácito ou explicito a eles se remete: limites da fraude no comércio, o conceito de " objeto obsceno", o devido cuidado em múltiplas atividades não regulamentas etc. Tal garantia deve ser entendida de boa-fé, ou seja, não pode ser invertida em benefício da arbitrariedade. O princípio significa que a doutrina e a jurisprudência não podem habilitar o poder punitivo além da lei, mas de modo algum acarreta o cancelamento da supremacia constitucional, mediante a pretensão de que a jurisprudência não pode limitar o poder punitivo, ao reduzir a termos racionais o alcance meramente semântico da lei, ou de que a doutrina não pode propor às agências judiciais essa redução.

Os Tribunais devem exercem a sua função judicial e não podem promover a criação de novos tipos penais e muito menos aplicar penas aqueles fatos que não estão definidos como tais, sobre isso destaca ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA E SLOKAR (2003, p. 203) que:

> Os tribunais não são fonte de produção da legislação penal nem a jurisprudência é fonte de seu conhecimento. Por outro lado, excetuados aqueles casos em Supremo Tribunal Federal, exercendo o controle concentrado, declara formalmente a inconstitucionalidade de uma lei, a autonomia de critérios dos juízes não pode ser limitada legalmente no restante sistema de controle difuso de constitucionalidade, motivo pelo qual toda pretensão de jurisprudência obrigatória é inconstitucional.

No entanto, parecer que merece ser observado e valorizado, a definição trazida por ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA E SLOKAR (2003, p. 356) que:

> No campo do direito privado se acentua o declínio da responsabilidade individual e do abandono da culpa – civil – como fundamento da responsabilidade, com a consequente aplicação de postulados da responsabilidade objetiva, com ineficácia de cláusulas de exoneração ou limitação. Por usa vez, observa-se a recepção das categorias de pena priva ou de dano punitivo do âmbito anglo-saxão, associadas a uma ideia de prevenção, quando o ressarcimento do prejuízo é considerado insuficiente. Isto significa que, por vontade das partes ou por mandado legal, sem recorrer ao princípios penais, condutas são sancionadas mediante imposição de uma soma de dinheiro em favor da vítima, do estado ou de um terceiro. Afirma-se que tal solução é adequada quanto medeia um enriquecimento ilícito, obtido pelo ato injusto, ou quando sua dimensão social é maior que o dano individual provocado. Trata-se ali de uma tendência inversa à penal, porque parte da reparação para obter prevenção.

Assim como destacado pelo autor acima, tendo em vista o papel social que representa o exercício da atividade empresarial, tendo essa provocado um dano coletivo aos direitos sociais dos trabalhadores, fraco seria imaginar que a indenização não deveria ter o seu caráter sancionador, uma vez que promoveria um incentivo a prática de novas ações que põem em risco a vida e a saúde do trabalhador.

No entanto, tendo em vista que no nosso ordenamento jurídico vigora o princípio da reserva legal, imprescindível a elaboração de uma lei que defina os critérios para a aplicação de tal punição, sua previsão, critérios bem como o destino do valor arrecadado.

3 DO DANO MORAL INDIVIDUAL E COLETIVO

Cumpre destacar que o trabalho desenvolvido, estende a discussão quanto o dano moral coletivo do trabalho, portanto, necessário que seja estabelecida a diferença entre dano moral individual e o dano moral coletivo. Sobre isso, leciona SANTOS (2011, p. 3/4)

> Podemos afirmar que, contrariamente à lógica mais simplista, ou sob uma análise semântica, institutos do direito coletivo não podem ser visualizados como um sequenciamento, somatório, extensão ou desdobramento dos direitos individuais. Por exemplo, a dispensa coletiva não é apenas um somatório ou multiplicidade de dispensas individuais de trabalhadores, da mesma forma que o dano moral coletivo não é um somatório ou uma pluralidade de danos morais individuais. Cremos que neste ponto fulcral reside a maior confusão conceitual entre o dano moral individual e o dano moral coletivo e sua efetiva aplicabilidade no mundo do Direito do Trabalho.

Como destacado acima, não se pode afirmar que a soma de diversos danos morais individuais, seja necessariamente e implique na existência de um dano moral coletivo. Deve-se além da universalidade de sujeitos existir uma ofensa a uma norma coletiva social e, desta forma, sob a análise da Lei 8.078/90, em seu Art. 80 parágrafo único, inciso II "*interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;*"

MORAES, (2011, p.54) destaca que:

> A Constituição federal prevê o direito de indenização por dano material, moral e à imagem, consagrando, no inciso V, do Art. 5, ao ofendido a total reparabilidade em virtude dos prejuízos sofridos. A norma pretende a reparação da ordem jurídica lesada, seja por meio do ressarcimento econômico, seja por outros meios, por exemplo, o direito de resposta. O art. 5, v, não permite qualquer dúvida sobre a obrigatoriedade da indenização por dano moral, inclusive a cumulatividade dessa com a indenização por danos materiais.

Não pairam dúvidas quanto a existência do dano moral em nosso ordenamento jurídico, contundo, inexiste qualquer norma específica que regule o dano moral coletivo, ainda mais em seu aspecto punitivo. Desta forma, fomenta a discussão, a partir da premissa se realmente existe a necessidade de uma norma jurídica clara que defina a existência e os aspectos do dano moral coletivo ou se o poder judiciário possui legitimidade para defini-lo e aplica-lo sob o modelo de pena. DALMARTELLO apud CAHALI(1998, p. 20) leciona que:

> Parece mais razoável, assim, caracterizar o dano moral pelos seus próprios elementos; portanto, " como a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos"; classificando-se desse modo, em dano que afeta a " parte social do patrimônio moral " honra, reputação etcc.. e dano que molesta a " parte afetiva do patrimônio moral" (dor, tristeza, saudade, etc) ; dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc) e dano moral puro (dor, tristeza, etc).

Contudo, verifica-se neste orbita do direito coletivo do trabalho, que o dano moral que se busca estudar neste trabalho é muito mais elevado e muito mais amplo do que a definição do Dano Moral Individual. Pois além de sofrer uma ofensa a orbita individual, resta necessário que acrescente-se a ofensa a norma coletiva social. SANTOS (2011, p. 3-4) argumenta que:

> O dano moral individual configura-se quando a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, a reputação da pessoa do trabalhador são atingidas por ato abusivo ou ilícito do empregador, no âmbito da relação empregatícia, tendo como pressupostos a dor moral, a angústia, a humilhação, o constrangimento etc. Já o dano moral coletivo apresenta um tratamento meta ou transindividual, relacionado aos direitos difusos e coletivos de uma comunidade de indivíduos, no caso de trabalhadores. Portanto, o dano moral coletivo não se confunde com o dano moral individual, pois enquanto este é um instituto de Direito Individual do Trabalho, com características peculiares, aquele pertence ao Direito Coletivo do Trabalho e possui regras, princípios e institutos próprios, denotando a necessidade de uma diferente leitura jurídica.

Verifica-se que a tutela social deve ser muito maior pois atinge um número (in)determinado de pessoas, além de atingir direitos transindividuais, que são direitos indisponíveis que não pertencem a um particular isolado. SANTOS (2011, p. 4):

> O dano moral coletivo pode ser verificado em qualquer abalo no patrimônio moral de uma coletividade a merecer algum tipo de reparação à violação a direitos difusos, coletivos ou eventualmente direitos individuais homogêneos5, tendo surgido em face dos novos interesses e direitos da sociedade moderna de massa, que exige uma efetiva tutela jurídica a direitos moleculares [..]Xisto Tiago Medeiros Neto conceitua

> dano moral coletivo como "lesão injusta e intolerável a interesses ou direitos titularizados pela coletividade (considerada em seu todo ou em qualquer de suas expressões – grupo, classes ou categorias de pessoas), os quais possuem natureza extrapatrimonial, refletindo valores e bens fundamentais para a sociedade"

O princípio da função social da empresa, trouxe a partir da definição da função social da propriedade, a certeza de que a exploração da atividade econômica deve acompanhar o respeito e a garantia das normas sociais, ambientais e consumeristas. Assim, violando direitos difusos e coletivos que afetam a sociedade necessário a implementação de uma condenação.

Nesta relação, tem a empresa o status de devedor e, deve necessariamente figurar toda a sociedade como credora e, havendo um descumprimento das obrigações sociais contraídas, evidente a existência de dano objetivo e, necessário a sua imediata reparação. SANTOS (2011, p. 05):

> Assim, o dano moral individual, de natureza subjetiva, fulcra-se no art. 186 do Código Civil, e o dano moral coletivo, de natureza objetiva, tem por fundamento o parágrafo único8 do art. 927 do mesmo Código Civil, de forma que não se exige, no plano fático, que haja necessidade de se perquirir sobre a culpabilidade do agente. Basta que se realize, no plano dos fatos, uma conduta empresarial que vilipendie normas de ordem pública, tais como o não atendimento das Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego no meio ambiente laboral, a não contratação de empregados com necessidades especiais ou portadores de deficiência (art. 93 da Lei nº 8.213/91), de aprendizes (arts. 428 e seguintes da CLT e Decreto nº 9.558/2006), discriminação, trabalho escravo, assédio moral ou sexual, atos antissindicais, fraudes trabalhistas, etc.

Assim, verifica-se a necessidade da empresa cumprir sua função social e respeitar as normas coletivas sociais, caso não as pratica e viole, necessária é a condenação por dano morais coletivos.

Em 05/06/2014 entrou em vigor a Emenda Constitucional de nº 81, mais conhecida como a PEC do Trabalho Escravo, esta alteração promoveu a inclusão no Art. 243[3] da Constituição Federal, da desapropriação confiscatória da propriedade pela presença de exploração de trabalho escravo, trata-se de outra medida em que coloca a sociedade como credora e promove uma exigência das atividades econômicas, qual seja, o cumprimento das obrigações sociedades contraídas quando iniciaram sua atividade empresarial.

---

[3] Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.

3.1 DA TEORIA DO *PUNITIVE DAMAGES*

A teoria do p*unitive damages* é o cerne e eixo fundamental do presente trabalho, pois ao que tudo indica é ela que trouxe a aplicação do aspecto punitivo ao dano moral, em relação a ela destaca SCHEREIBER (2012, p. 19) um exemplo para iniciar a contenda:

> Stella libeck, uma distinta senhora de 79 anos de idade, entrou para a história do direito norte-americano ao comprar um café numa lanchonete *drive-through* da rede McDonald's. Sentada no banco passageiro de um carro, ela colocou o copo de café entre as pernas e tentou remover a tampa de plástico, puxando-a na sua direção. Acabou derramando todo o conteúdo do café nas próprias pernas e sofrendo queimaduras de terceiro grau. Stella ficou oito dias hospitalizada e passou por um longo tratamento médico. Recuperada, propôs ação judicial contra o McDonald's. Um júri formado por doze pessoas decidiu que a rede deveria pagar a Stella 200 mil dólares, a título de compensação pelos danos sofridos,e quase três milhões de dólares, a título de punitive damages.

Neste exemplo verifica-se que não se está utilizando o dano moral em seu aspecto compensatório, tal medida traz uma outra órbita que merece ser tutelada, qual seja, a reprovabilidade da conduta e o dever de segurança na prestação ou fornecimento de serviços. CAHALI (1998, p. 490) leciona que:

> Portanto, no prudente arbitramento da indenização do dano moral sofrido pelo obreiro, o juiz terá em conta as peculiaridades de cada caso concreto, fazendo incidir certos princípios informadores próprios da quantificação do dano moral em geral, ministrados pela doutrina e pela jurisprudência, seja em função da natureza e da função da reparação, seja igualmente tendo em vista a conduta do empregador e as condições pessoais das partes.

Desta maneira, constatado a conduta do empregador e a violação de direitos sociais coletivos e, o perigo aparente ou abstrato que se impõe a coletividade, a aplicação do punição ao dano moral é medida que se impõe, haja vista sua reprovabilidade.

Em relação a previsão legal SCHEREIBER (2012, p. 20) destaca que

> O instituto não encontra previsão expressa no direito Brasileiro. Em nossa tradição a punição sempre foi desempenhada pelo direito penal, reservando-se ao direito civil uma função exclusivamente reparatória. Entretanto, no campo do campo do dano moral, o espírito punitivo tem feito estrada. No afã de assegurar indenizações mais elevadas às vítimas, a doutrina brasileira tem aludido a um "duplo caráter" da indenização por dano moral, que combinaria (i) o caráter compensatório, voltado a reparar o dano sofrido, e (ii) o "caráter punitivo para que o causador do dano, pelo fato da condenação se veja castigado pela ofensa que praticou". Diversos, autores sustentam, nessa direção, que a "indenização do dano moral tem um inequívoco sabor de pena, de represália pelo mal injusto". Outros doutrinadores diferem, de

> modo mais velado, a uma função "pedagógica" ou dissuasiva, sendo certo que, em qualquer caso, o agente se vê obrigado a indenizar a vítima em quantia declaradamente superior ao dano moral sofrido.

Desta forma, tendo em vista que a teoria é típica dos países que adotam o sistema da *common law* pairam as dúvidas quanto a (des)necessidade de previsão legal sobre o instituto e se sua aplicação no Brasil, haja vista possível violação ao princípio da legalidade. CAHALI (1998, p. 490-491) leciona que:

> Assim: a) o dinheiro, pela força do seu poder aquisitivo, visa permitir a que o ofendido obtenha satisfações que contrabalancem o mal sofrido: não se cuida de indenizar o *pretium doloris,* mas conceder um valor necessário para atribuir ao lesado uma consoloção, ou satisfação substitutiva, como compensação da dor, do sofrimento padecido; b) na quantificação do dano moral, no caso , exige-se que se levem linha de conta os efetivos prejuízos morais sofridos pela vítima, a sua condição econômica, a posição social que desfrutava, o seu conceito entre os colegas e na sociedade, a projeção de sua atividade para o futuro e a situação à qual se viu reduzido; c) embora o escopo fundamental da responsabilidade civil seja a reparação do dano sofrido pelo lesado, e não a punição do lesante, há de se ter presente que na problemática do dano moral, além dessa finalidade compensatória, como forma de reparar a dor do lesado, também existe uma finalidade punitiva; além disso, a indenização do dano moral exerce uma função admonitória, valendo com advertência para que o ofensor não venha a reincidir na prática ded atos atentatórios aos direitos de personalidade de outrem; d) daí porque, no arbitramento, se há de levar em consideração o grau de culpa do lesante, a sua condição econômica, a maneira como procurou recompor o prejuízo provocado.

Verifica-se neste aspecto que a prática de atos que ofendem os direitos sociais do trabalhador, feitos de forma totalmente voluntárias visando negligenciar tais garantias, deve ter sua reprovabilidade através da elevação da condenação.

Para fomentar a discussão, verifica-se que as empresas que não cumprem com a legislação trabalhista, de acordo com a Lei nº 12.440/2011[4], não conseguem mais sua habilitação para contratar com a administração pública, contudo, podem continuar atuando no fornecimento de seus produtos aos particulares.

Desta forma, a Condenação em Dano Moral Coletivo, através da teoria da punição do Dano é medida necessária para acabar com a prática reiterada que promove uma ofensa direta aos direitos sociais coletivas.

Através de uma condenação alta, em valores que afetam o patrimônio das empresas, ter-se-á a desvalorização para a prática de tais condutas antissociais e, que caso não se adequem deverão necessariamente desaparecer do mercado.

---

[4] Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a: (...)
IV – regularidade fiscal e trabalhista;

Contudo, a condenação deve ser regulamentada, especialmente sua quantificação e a destinação dos valores arrecadados.

3.2 DANO MORAL COLETIVO E O ASPECTO PUNITIVO DA CONDENAÇÃO.

Atualmente tem se verificado um constante crescimento em nossos tribunais de condenações por danos morais coletivos, essas condenações são destinadas a empregadores que não cumprem com a legislação trabalhista ao ponto que ofendem os direitos coletivos dos trabalhadores, portanto esses valores são revertidos a toda coletividade mediante a condenação.

Cumpre observar que qualquer pessoa que acesse o sítio do Ministério Público do Trabalho, verá em destaque inúmeras condenações expressivas que estão sendo fixadas com base na ofensa de direitos coletivos dos trabalhadores.

Porém, tem se identificado tanto na Petição Inicial dos Procuradores do Trabalho, bem como na fundamentação das decisões, a presença do aspecto e critério punitivo na fixação do dano moral, promovendo sua majoração.

O Tribunal Superior do Trabalho tem emitido decisões nesse sentido, que segue:

> RECURSO DE REVISTA. HONORÁRIOS PERICIAIS. BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. ISENÇÃO (...) Para fixação do quantum indenizatório é necessário avaliar os critérios da extensão ou integralidade do dano e da proporcionalidade da culpa em relação ao dano, devendo a indenização ser significativa, segundo as condições pessoais do ofensor e do ofendido e consistir em montante capaz de dar uma reposta social à ofensa, para servir de lenitivo para o ofendido, de exemplo social e de desestímulo a novas investidas do ofensor. Nesse contexto, constata-se dos autos que o valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), arbitrado a título de danos morais, levou em consideração os diversos critérios a serem sopesados na quantificação, tais como a razoabilidade, o grau de culpa, o caráter punitivo e pedagógico da reparação, a extensão, a repercussão do dano e a gravidade da conduta praticada, em face dos fatos constatados nos autos. Indenes, portanto, os artigos 157 da CLT; 186 e 927 do ccb/02 e 5º, X, da cf/88. (...) (TST; RR 0079800-80.2008.5.03.0069; Rel. Min. Alexandre de Souza Agra; DEJT 31/01/2014; Pág. 2435)

Assim, verifica-se nesta e em outras inúmera decisões que está sendo utilizado o caráter punitivo como critério de quantificação e majoração do dano moral coletivo do trabalho. O caráter punitivo nada mais representa do que a própria ideia de pena ou multa, a qual aproxima-se da pena pecuniária.

---

[5] Acesso em 21/03/2014, às 10:06 – Magister Net – nº92444625

Verifica-se na decisão acima a expressão, o caráter punitivo da reparação, fomenta a discussão criada no presente trabalho quanto a (im)possibilidade de uma reparação ter caráter punitivo e, possuindo, discutir sobre a (des)necessidade de previsão legal.

Destaca-se que quando são traçadas essas afirmativas em que a condenação por dano moral coletivo é uma pena, necessariamente se acaba trazendo ao direito do trabalho, os direitos e princípios contidos na teoria da pena do direito penal, bem como as garantias individuais previstas em nossa Constituição Federal e sacrificadas como cláusulas pétreas, ante o sua relevância.

Busca, portanto, analisar se a teoria do *punitive damage* teria a aplicação no Brasil, que adotada o sistema da estrita legalidade como garantia fundamental, sem legislação específica quanto ao crime e a pena mediante dano moral.

Nesta linha de raciocínio torna-se fácil verificar a ofensa e a violação do Art. 5º XXXIX da CF, que determina "*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;*" – como o brocardo latim que esclarece *nulla poena, nullum crimen, sine praevia legem poenale.*

Assim, não existe pena e nem crime sem lei anterior que a defina. Portanto, sob a análise das disposições contidas no Código Civil, bem como na Consolidação das Leis do Trabalho e no Código Penal, enfim em toda a legislação pátria, inexiste previsão legal quanto à indenização por dano moral coletivo em forma de pena e/ou punição.

Destaca-se que quando se pretende analisar e fixar uma pena, por mais que esta se dê no âmbito trabalhista ou civil, deve ser imprescindível que sejam garantidos os princípios contidos e previstos na Constituição Federal, por uma questão lógica de hierarquia legislativa e respeito aos direitos fundamentais que sustentam nosso ordenamento jurídico, entre eles o direito fundamental ao trabalho digno e o princípio da legalidade.

Assim, não pode de forma genérica atribuir uma punição quando a legislação tão somente fala em reparação, sendo que a análise da conduta deve ser tão esmiuçada com o fim de verificar se ocorreu no caso concreto a subsunção do fato ao tipo descrito à norma, para assim verificar a existência ou não de crime e da correspondente pena pecuniária.

Verifica-se atualmente na Jurisprudência que embora a nomenclatura seja de uma indenização, resta claro e cristalino que se busca uma punição da empresa, tanto isso é verdade que diversos os julgados tem aplicado as expressões para quantificar e majorar a condenação em danos morais.

Destaca-se que o tipo penal em sua plenitude, traz ao ordenamento jurídico de um estado democrático a garantia da preservação da liberdade, haja vista que coíbe ao livre

arbítrio estatal, seja ele do Poder Judiciário, a qualificação e a delimitação de fatos definidos então como crimes sem que exista lei anterior que a preveja.

Verifica-se no Código Penal Alemão da época, conforme Leciona FRAGOSO[6]:

> [...] Na Alemanha nazista, o §2º do Código Penal alemão foi alterado em 1935, para permitir o emprego da analogia, sempre que o fato não expressamente previsto merecesse punição "segundo os princípios fundamentais do direito penal" e o "são sentimento do provo". As forças de ocupação, em 30 de janeiro de 1946, revogaram o dispositivo.

Portanto, o princípio da legalidade tem suprema importância para a preservação e garantia de regimes democráticos, haja vista que o seu desrespeito e ofensa foi vislumbrando nos regimes totalitários, como é o caso da Alemanha nazista no trecho supramencionado, em que se punia tudo aquilo que feria o são sentimento do povo, determinando uma margem insegura ao aplicador da lei penal.

Quanto ao Princípio da Legalidade, leciona JESUS (1993, p.94) que:

> Não há crime sem que, antes de sua prática, haja uma lei descrevendo-o como fato punível. Por outro lado, a pena não pode ser aplicada sem lei anterior que a contenha. É lícita, pois, qualquer conduta que não se encontre definida em lei penal incriminadora. Com o advento da teoria da tipicidade, o princípio da reserva legal ganhou muito de técnica. Típico é o fato que se amolda à conduta criminosa descrita pelo legislador. É necessário que o tipo (conjunto de elementos descritivos do crume cometido na lei penal) tenha sido definido antes da prática delituosa. Daí falar-se em anterioriedade da lei penal incriminadora.

Destaca-se a importância em fomentar este estudo, haja vista a impossibilidade de criação de uma nova modalidade de crime e punição por analogia, por jurisprudência ou por comparação, sendo, portanto, eminente flagrante a nossa Constituição Federal.

Outrossim, resta importante fomentar o estudo além da possibilidade e constitucionalidade do dano moral ser aplicado como pena e/ou punição, discutir a possibilidade do magistrado, ao seu livre consentimento e desamparado por qualquer parâmetro legal, possa estipular o valor de pena pecuniária.

Diante da punição trazida sob a roupa de uma indenização, importante destacar que no direito penal, por exemplo, após apurado o levantamento das provas o juiz tem um trabalho maior do que simplesmente promover uma condenação do acusado, ele deve quantificar sua pena e o regime inicial de cumprimento, trata-se da fase da dosimetria da pena.

---

[6] FRAGOSO, Cláudio Heleno – Observações sobre o Princípio da Reserva Legal – acesso em 21/03/2014, disponível em http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo11.pdf

Assim, como previsto no Art. 59 do Código Penal[7] quanto ao procedimento na fixação da Pena em que se deve observar algumas fases para escolha, quantidade, regime e substituição da pena, resta necessário que as condenações vinculadas as empresas possuam um sistema análogo para quantificar possível indenização, a qual substitua o simples critério do capital social.

4 O DANO MORAL COLETIVO DO TRABALHO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.

A sociedade empresária não pode mais sobreviver apenas com a finalidade de apenas obter lucro a qualquer custo, sendo necessário que a mesma cumpra com sua função social. Citando como exemplos comparativos da propriedade e do contrato que devem cumprir a sua função social como requisito de validade e existência.

Destaca-se que por mais que a Consolidação das Leis do Trabalho tenha completado seus setenta anos no ano passado, o rol de direito dos trabalhadores ainda vive um momento distante do esperando, especialmente quando comparamos tal legislação com o Código de Defesa dos Consumidores que possui pouco mais de vinte anos.

Desta forma, buscando valorizar os direitos sociais, tem-se procurado encontrar alternativas que desestimulem a prática de atos pela sociedade empresária que violem tais direitos, coibindo a existência de empresas que não cumprem com a sua função social.

Em relação aos direitos sociais CANOTILHO *apud* MORAES (2011, p. 206) destaca que:

> a individualização de uma categoria de direito e garantias dos trabalhadores, ao lado dos de caráter pessoal e político, reveste um particular significado constitucional, do ponto em que ela traduz o abandono de uma concepção tradicional dos direitos, liberdades e garantias como direito do homem ou do cidadão genéricos e abstractos, fazendo intervir também o trabalhador (exatamente: o trabalhador subordinado) como titular de direito de igual dignidade.

Contudo, nos últimos anos, o Ministério Público do Trabalho encontrou outra alternativa que está provocando uma consequência positiva ao cumprimento da legislação do

---

7 Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

trabalho. Tal atitude vem representada pela distribuição de diversas Ações Coletivas por Dano Moral Coletivo.

Assim, justifica-se o presente estudo para analisar tal medida que tanto cresce na seara trabalhista e, vem sendo medida de garantia e de efetividade dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores.

Os altos valores das condenações se justificam pela exportação da teoria do dano do *punitive damage*. A partir dela e, através de aspectos e critérios que visam desestimular, educar e punir a sociedade empregadora tem-se conseguido garantir a observância dos direitos operários.

Tal ação tem provocado efeitos tanto nas empresas que estão respondendo ou responderam por uma ação coletiva, bem como àquelas que poderão vir a sofrer eventual condenação, caso não observem o cumprimento da legislação trabalhista, no conceito da *exemplary damages.*

Diante do fato que o nosso ordenamento jurídico adota o modelo da *civil law* e, pelo aspecto punitivo que reveste a condenação do dano moral coletivo quando aplicado nesta teoria, faz-se necessário fomentar a discussão quanto à possibilidade e constitucionalidade da reparação ser aceita nestes aspectos, haja vista que sua previsão possui como berço os países adeptos da *common Law.*

O argumento do Estado social-regulador encontra base na função que exerce de ao mesmo tempo ser promotor da justiça social, bem como um regulador da atividade econômica, através de um equilíbrio entre tais ideais.

> Dentro da democracia de massa, talvez seja o Direito do Trabalho o ramo jurídico que há mais tempo retrata fielmente o seu papel democrático. Isso porque coincide com a época em que o Estado deixava seu estágio liberal de inércia (*Laissez faire)* do século XIX para tutelar aos relações de emprego, desta feita sob a ótica do direito social. (MOREIRA DE PAULA, 2014, p. 132)

Desta forma não cabe a atividade econômica a busca apenas pelo lucro a qualquer custo, resta imperiosa a necessidade de que como requisito de existência a atividade empresária cumpra a sua função social.

Na relação de trabalho, a atividade empresária que não cumpre com sua função social, visando aumentar os lucros de forma insustentável, repassa e transfere para a saúde do trabalhador o resultado de tais medidas, ofendendo diretamente os direitos sociais coletivos dos trabalhadores.

Sob a valorização do trabalho e, a promoção do direito fundamental ao trabalho digno, destaca (GOLDSCHIMIDT, 2008, p.87), que:

> Como visto no capítulo pretérito, com o Tratado de Versalhes, proclamou-se o princípio segundo o qual o trabalho não há de ser considerado mercadoria ou artigo de comércio. E tal princípio prende-se ao fato de que o trabalho é indissociável do homem que o executa. Logo, o Direito do Trabalho, que tem por objeto a regulação do trabalho humano, repousa as suas bases na proteção e na promoção da dignidade da pessoa humana, nomeadamente o trabalhador, ligando-se umbilicalmente ao Direito Constitucional, que tem, em última análise, o mesmo objetivo precípuo.

Buscando equilibrar esta relação de lucro e direitos sociais, encontra-se no dano moral coletivo do trabalho, instrumento para promoção desta relação de forma sustentável, sendo efetivo meio de desestimulo para ofensa dos direitos fundamentais sociais.

Contudo, as condenações trazidas pelo justiça do trabalho associam ao dano moral coletivo valores altos, os quais são justificados pela aplicação da teoria do *punitive damage*, a qual colabora com a promoção de uma significativa elevação do *quantum* indenizatório, através de parâmetros punitivos, educativos e sancionadores.

Além do estudo da teoria do *punitive damage, exemplary damage*, dos aspectos punitivos, educativos e sancionadores, resta oportuno e justifica-se o presente trabalho para apontar a definição do que seria e quais seriam os direitos coletivos do trabalho.

As afirmativas em que a condenação por dano moral coletivo possui aspectos e características de uma pena, necessariamente acaba trazendo a dúvida sobre a aplicabilidade ou não dos princípios contidos na teoria da pena à justiça do trabalho, bem como se as garantias individuais previstas em nossa Constituição Federal e sacrificadas como cláusulas pétreas, ante a sua relevância, são aplicáveis à sociedade empresária que pratica atos que violem os direitos sociais de forma coletiva.

Justifica-se, portanto, o estudo para analisar a legalidade e a possibilidade da aplicação da teoria do *punitive damage* nas relações trabalhistas, uma vez que o tipo penal em sua plenitude, traz ao ordenamento jurídico de um estado democrático a garantia da preservação da liberdade, haja vista que coíbe ao livre arbítrio estatal, seja ele do Poder Judiciário, a qualificação e a delimitação de fatos não definidos como crimes e penas sem a existência de uma lei anterior que as preveja e as limite.

Portanto, o princípio da legalidade tem suprema importância para a preservação e garantia de regimes democráticos, haja vista que o seu desrespeito e ofensa foi a cicatriz dos regimes totalitários, como é o caso da Alemanha nazista no trecho supramencionado, em que se punia tudo aquilo que feria o são sentimento do povo, determinando uma margem insegura ao aplicador da lei penal.

Como destacado tal medida é válida quando visa evitar o enriquecimento ilícito em situações que a simples reparação não mostra suficiente, devendo possuir uma real punição por ofensa à coletividade, priorizando a ideia e o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Neste sentido destaca o doutrinador que a dimensão social, vinculada a ideia de coletividade envolvida e, por certo prejudicada, este dano coletivo causado é superior ao dano individual sofrido.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento da atividade empresarial no atual modelo de Estado deve cumprir sua função social. Desta forma, além de tentar sobreviver no mercado e obter lucro, a mesma tem o dever de cumprir com a legislação trabalhista e coibir qualquer ofensa aos direitos sociais.

A presença de empresas que não cumprem com sua função social e promovem uma ofensa coletiva aos trabalhadores deve ser coibida. Tais empresas possuem preços melhores e produtos mais baratos pois quem paga essa diferença são os direitos dos trabalhadores e, faz com que empresas sérias e que cumpram com sua função social tenham que encerrar suas atividades haja vista essa competitividade desleal.

Para isso o Dano Moral Coletivo do Trabalho é uma medida que se impera e deve ser aplicado a todos os empregadores que violam tais direitos coletivos. Contudo, pairam dúvidas acerca da legalidade da aplicação da condenação por dano moral em seu aspecto punitivo.

Como destacam os autores citados no presente trabalho, tanto o Dano Moral Coletivo como a previsão de punição por tal dano são criações doutrinárias e jurisprudenciais, exportados de países que adotam o sistema da "*common law".*

Assim, oportuna fomentar a discussão acerca da viabilidade ou eventual necessidade da criação de uma lei específica que regule o tema e, principalmente insira parâmetros que possam quantificar o Dano Moral Coletivo, assim como é feita na dosimetria da pena.

A necessidade da criação da lei, dá-se em razão do aspecto punitivo e de pena que vem sendo aplicado para o Dano Moral Coletivo, em razão disso, principalmente pelo princípio da legalidade extraída do direito penal e, pela segurança jurídica e pelo nosso estado seguir o modelo da "civil law" a produção legislativa é medida que se impera.

Cumpre observar que o desenvolvimento de uma atividade econômica se encontra vinculada a uma contraprestação do estado sob a modalidade regulatória, especialmente em

relação aos direitos sociais, não permitindo que o empresário atue com ampla liberdade junto a seus funcionários.

Contudo, verifica-se que a contraprestação nesta modalidade não é apenas regulatória, mas também sancionadora, pois com a previsão da punição do dano, o Estado exige que o empregador respeito os direitos sociais coletivos, caso assim não o faça receberá a punição.

Tal punição, reflete no restante da sociedade empresária, uma vez que tal valor causa temor e, em razão disso a punição forma uma exemplo do que não pode ser feito. Trata-se de uma medida que impõe temor tanto para quem prática o dano, bem como para quem assiste e pode vir a ser condenado.

Outrossim, resta necessário que assim como ocorre com o Dano Ambiental, outro bem coletivo tutelado, seja necessariamente recuperado ou reparado os direitos sociais ofendidos que ensejam a condenação por Danos Morais coletivos.

Além disso, a fixação e os critérios, diante do seu aspecto punitivo, não podem estar ao livre arbítrio do Poder Judiciário, diante do aspecto social e punitivo que possui tal dano, resta necessário que tal valor observe critérios para sua quantificação, assim como ocorre na teoria da pena do Direito Penal.

Em relação aos valores arrecadados, imprescindível que tais valores sejam empregados em favor dos trabalhadores, especialmente através da criação de um órgão responsável que tutele e ampare os direitos sociais.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Teoria geral do Estado.** 2⁰ ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado.** 41⁰ ed. São Paulo: Globo, 2001.

BARROSO, Luís Roberto**. Agências reguladoras**. Constituição, transformações do estado e legitimidade democrática. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo** – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do Estado e ciência política.** 4⁰ ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. **Responsabilidade social das empresas – práticas sociais e regulação jurídica**. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26⁰ ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. 05 de outubro de 1988. Brasília, DF, 05 out. 1988. Acessado em 07 de mar. 2015

______. Lei nº 8.078/1990 Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. DOU de 12.9.1990.

_____. Lei nº. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 09 fev. 2005.

_____. Lei nº. 12.440/2011 - Acrescenta Título VII-A à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, para instituir a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, e altera a Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.

_____. Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF, 21 jun. 1993. Acesso em 14 nov. 2011.

CAHALI, Yussef Said – Dano Moral 2º Edição revista, atualizada e ampliada, Revista dos Tribunal, São Paulo:1998.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 20 ed. São Paulo: Editora Malheiros , 2004.

CARVALHO, Paulo de Barros – **Curso de Direito Tributário** – 21 ed. 2009, Saraiva

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10⁰ ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial** – Vol. 01 – 6º Ed. Saraiva, São Paulo, 2003

_____. **Curso de Direito Comercial** – Vol. 02 – 6º Ed. Saraiva, São Paulo, 2003

_____. **Princípios do Direito Comercial.** Com anotações ao projeto de código comercial – São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil**. 14⁰ ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 7⁰

DOMINGOS, Carlos Eduardo Quadros. **As Fases da Recuperação Judicial**. 1. Ed São Paulo: Livraria do Advogado, 2009.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 3⁰ ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERREIRA, DANIEL – TEORIA GERAL DA INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA (a partir da Constituição Federal de 1988) 1. Ed, Curitiba, Editora fórum, 2009.

FRAGOSO, Heleno Cláudio – Liçoes de Direito Penal: Parte Geral – Ed. E ver por Fernando Fragoso – Rio de Janeiro: Forense, 2006

________, Cláudio Heleno – Observações sobre o Princípio da Reserva Legal – acesso em 21/03/2014, disponível em http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo11.pdf

GABARDO, Emerson. **Interesse Público e Subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo – Flexibilização dos Direitos Trabalhistas: Ações Afirmativas da Dignidade da Pessoa Humana como forma de Resistência – UFSC – Dissertação de Mestrado - acesso em 01/10/2014 – disponível em https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/91866/252613.pdf?sequence=1

HABERMAS, Jurgen. **La logica de las ciencias socials**. 3 ed. Madrid: Tecnos, 1996.

JESUS, Damásio E. de, 1935, Direito Penal/Damásio E. de Jesus – São Paulo, Saraiva 1993 – p. 54

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 3^{0} Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____, Hans. Teoria pura do direito. Trad. João Baptista Machado. 6^{0} Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOBO, Paulo Luiz Neto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado.** 25. ed. São Paulo: Saravia, 1999.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional – 27 ed. São Paulo, Atlas, 2011.

MOREIRA DE PAULA, Jônatas Luiz – **Democracia e Jurisdição,** 1 ed. Curitiba, 2014 – JM Editora.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade Civil** – De acordo com a Constituição de 1988. 9^{0}ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **Usuários de serviços públicos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**. Editora Borsoi: 1954. Tomo LIII.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos – Revisto Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da primeira Região - R. Eletr., Rio de Janeiro, n.2, p. 1-42, out./dez. 2011, p. 3 e 42.

Acesso http://www.trt1.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=c7cfd7c5-daac-4302-826f-e8d28d679c70&groupId=10157

SCHEREIBER, Anderson – Direitos da Personalidade – 2 Edição Atlas, 2012, São Paulo

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Companhia das letras. São Paulo.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional** Positivo. 22º ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

TELES, Ney Moura – Direito Penal: Parte Geral – Volume 01, 2 Ed. São Paulo: Atlas 2006

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**. 3º ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 4**.**

ZAFFARONI , E. Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro – Direito Penal Brasileiro – **Teoria Geral do Direito Penal – Rio de Janeiro**, Revan, 2003. P. 356

ZANOTI, Luiz Antonio Ramalho. **Empresa na ordem econômica. Princípios e função social**. Juruá Editora, Curitiba, 2009